16

CONCLUSIONI

DEL MINISTERO PUBLICO

NELLA CAUSA DEL

MARCHESE BISOGNI

CONTRO

IL SIGNOR HESTERMAN

Pronunziate a' 7 giugno 1809 innanzi alla 1.ª sezione

DELLA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI

DAL SIGNOR RICCIARDI

REGIO PROCURATOR GENERALE PRESSO DELLA MEDESIMA.

(16)

NAPOLI

NELLA TIPOGRAFIA DI ANGELO TRANI.

SIGNORI.

Nella causa tra il Marchese Bisogni, ed il Signor Hesterman, il dubbio, che interessa il nostro Ministero, consiste primo a sapere, se attesa la pubblicazione del Codice Napoleone tra noi, i patti risolutorj precedentemente stipulati eseguir si debbano tuttavia col beneficio della purgazion della mora: secondo se in caso affermativo, la rinunzia, che siasi fatta a questo beneficio, considerarsi debba come efficace, o no.

Voi non ignorate, che a rimuovere ogni dubbiezza, che il dritto Romano presentava sull' esecuzione de' patti rescissorj, se cioè dovesse precedervi o no un' interpellazione dalla parte del creditore; Giustiniano generalmente definì colla *L.* 12. *C. de contrah., et committend. stipul. Ut si quis certo tempore faeturum se aliquid, vel daturum stipuletur ..... et adjecerit, quod si statuto tempore minime hæc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: sciat minime se posse debitor ad evitandam pœnam adjicere, quod nullus eum admonuit; sed etiam citra ullam admo-*

nitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea quæ promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat. Niente di meno sia perchè nella civile nostra legislazione vennero a fondersi le massime del dritto canonico, che di sua natura inclina all'equità; o sia per effetto di estensiva interpretazione data da' nostri Giuristi al capitolo 13o. del Duca di Calabria; certissima cosa è, che pel giro di secoli costante giurisprudenza de' nostri Tribunali è stata, di non eseguire altrimenti li patti rescissorj, che col beneficio della purgazion della mora: e ciò sarebbe più che sufficiente, perchè una simile pratica considerata si fosse come una specie di dritto tra noi; *optima enim est legum interpres consuetudo* (1); se la prammatica del 38. non fosse venuta a mettervi ancora il suggello dell' autorità legislativa: » Ordiniamo, ivi sta detto, che » la rescissione de' contratti possa farsi senza termini » ne' casi *tantum*, in cui si tratti di obbligo *de facie ad faciem*, circa i pagamenti, o delle terze, » o degl'interessi i quali non facendosi dai debitori » nelli tempi stabiliti, possano i creditori dimandare » il pagamento così del capitale, che delle terze; » della sorte, che dell'interesse, con ordinarsi da' » Giudici: *Infra dies viginti solvant* così il capitale, » come le terze: *Verum si infra eumdem terminum* » *solverint tertias, supersedeatur a solutione capi-* » *talis, alias dicto termine elapso, exequatur de-* » *cretum* tanto per lo capitale, che per le terze.

(1) *Leg. 37. D. de legib.*

Con questa prammatica dunque mentre si riconobbe ne' patti rescissorj il beneficio della purgazion della mora, altro non si propose il legislatore, che di modificare l'esercizio da farsene innanzi a' Tribunali, o sia di rettificare la procedura da doversi seguire in simili controversie.

Tal era lo stato della nostra legislazione relativamente a' patti rescissorj, quando il Codice Napoleone venne a prenderne l'imperio: e non vi è dubbio, che in seguito delle disposizioni, che quivi veggonsi portate, le antiche nostre leggi, la giurisprudenza nostra abbian subite de' cambiamenti in ciò, che concerne la purgazion della mora nel rincontro de' patti rescissorj; giacchè dalla combinazione degli articoli 1183., 1184., 1656., e 1657. ne risulta la seguente teoria. La condizion resolutoria è sempre presunta ne' contratti bilaterali: ma diverso è l'effetto, ch' essa produce, secondochè è presunta, o espressamente stipulata. Nel primo caso, non è la legge, ma è il Magistrato, che dichiara risoluto il contratto, se una dalle parti contraenti non ha adempito i suoi impegni; e quindi è allora permesso al giudice di accordar tuttavia una dilazione discreta, prima di venirsi alla chiesta rescissione. Non così succede nel caso di espressa stipulazione. La risoluzion del contratto, in questo caso, essendo fatta per ministero della stessa legge; ogni arbitrio è tolto al giudice di poterne permettere tuttavia la durata, col beneficio della purgazion della mora. Per i contratti di compra, e vendita però sta particolarmente stabilito, che ove si tratti di patti rescissorj ivi espressamente stipulati, la mora sola del compratore rende risoluto

il contratto, se è questione di compra di generi, o di mobili; ma che trattandosi d' immobili, la legge non ne dichiara risoluta la vendita se non in seguito d' interpellazione, che siasene fatta al compratore.

Quindi è facile di conoscere, che colla pubblicazione del Codice Napoleone, l' antico nostro sistema di giurisprudenza intorno alla purgazion della mora, in materia di contratti, senza dubbio è rimasto interamente distrutto. Ma si questiona ora, se le disposizioni di questo Codice sieno applicabili anche ai contratti precedentemente stipulati.

Somigliante questione non sembra, che possa esserne una nel rincontro presente, per poco che vogliamo ricordarci, che massima di tutt' i tempi è stata, che *non secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio*, conformemente all' espressa disposizione della *L.* 137. §. 6. *D. de verb. obligationib.* E questa massima è tanto più sacra per noi, per ragione, che la legislazione novella è basata sul principio santo della non retroattività. *La legge*, dice l' articolo 2. del Codice Napoleone, *non dispone che per l' avvenire: ella non ha verun effetto retroattivo.* Tutt' i dritti dunque una volta irrevocabilmente acquistati, e per conseguenza le azioni, o eccezioni, che possono derivare in seguito d' una stipulazione già seguita; tutto ciò, essendo fuori dell' imperio della legislazione novella, non può altrimenti valutarsi, che in conformità delle leggi ch' erano in vigore, allorchè la stipulazione seguì. *La regola sulla retroattività*, ha generalmente definito in principio la Corte di Cassazione dell'Imperio Francese, *si applica ad ogni specie di dispo-*

sizione , che crea un dritto , un' azione , un' eccezione (1).

Ma noi ammettiamo egualmente in principio, che se le azioni, le eccezioni, i dritti tutti una volta irrevocabilmente acquistati, considerati nella loro sostanza, debbono valutarsi coerentemente alle leggi in vigore quando si fece luogo alla di loro apertura ; non è meno vero, che in ciò che concerne il di loro esercizio , o sia la maniera di farne lo sperimento innanzi ai tribunali , non deve regolarsene la forma, che nel modo prescritto dalle nnove leggi: perchè è di regola , in materia di dritto pubblico , che quando il legislatore ha una volta messo in salvo il dritto rispettivo delle parti private, tutto il resto deve cedere alle grandi considerazioni , che determinarono il potere legislativo a fare de' cambiamenti nel sistema giudiziario. Ed è per questo motivo , che la giurisprudenza francese ha proclamato in principio, che finchè un affare non è terminato, la procedura ne sarà regolata dietro le forme novelle.

Quindi pare che nella questione presente altra difficoltà non rimanga a risolvere , che quella di sapere, se le riferite disposizioni del Codice Napoleone, in ordine ai patti rescissorj sono destinate a fissare il dritto delle parti contraenti, o a regolare l' esercizio da farsene in giustizia. Ma la difficultà proposta così non può avere un' ombra neppure di serietà ; per ragione, che se le disposizioni suddette potessero rapportarsi non al dritto che in conseguenza de' pat-

(1) *An.* 1807. *p.* 14.

ti rescissorj ne risulta per l'una delle parti, ma al modo onde debbe farsene l'esercizio; tali disposizioni allora avrebbero fatta parte del Codice di procedura, e non già del così detto Codice Civile. Che altro è un Codice Civile, se non la collezione di tutt'i dritti, delle azioni e eccezioni tutte, che i privati cittadini possono acquistare tra loro con delle transazioni sociali? Si apparteneva dunque al Codice Civile di definire se, per effetto del patto rescissorio apposto in un contratto, l'obbligazione già contratta rimaner dovesse risoluta per ministero della legge o per quello del giudice; se per l'inadempimento di una delle parti, le cose, in circostanze somiglianti, sono rientrate o no nello stato primiero: e se quindi debba riputarsi come già estinta, o no l'azione originaria dal contratto stesso nascente; essendo poi riservato al Codice di procedura di regolare la ritualità giudiziaria da doversi rispettivamente adottare ne' casi suddetti. Così infatti è seguito; poichè dopo di essersi definito negli additati articoli del Codice Napoleone l'effetto, che il patto rescissorio produr poteva ne' rispettivi casi ivi specificati; fu poi negli articol. 122. e 123. del Codice di procedura, che il legislatore stabilì le forme giudiziarie da doversi seguire in simili rincontri. E quindi è facile di rilevare perchè, tutto al contrario di ciò che noi sosteniamo relativamente al Codice Napoleone; la prammatica del 38., nella parte risguardante i patti rescissorj, fu applicabile anche alle stipulazioni precedentemente fatte. Con questa legge, come lo abbiamo già osservato, riconosciuto avendo ne' patti rescissorj il beneficio della purgazion della

mora qual era portato dalla nostra giurisprudenza ; in ciò che ne concerne la sostanza ; il legislatore si limitò a modificare soltanto l' esercizio da farsene innanzi ai tribunali . Dunque la prammatica , in questa parte , doveva considerarsi come di pertinenza piuttosto del Codice di procedura , che del Codice civile : per conseguenza niente impediva , che non se ne fosse fatta l'applicazione anche per le stipulazioni precedentemente fatte ; giacchè noi pure ammettiamo in principio , che le controversie non ancora giudicate , in ciò che concerne la procedura , sono sottomesse alle forme prescritte dalle leggi novelle .

Contro della teoria , che abbiamo sviluppata ci vengono contrapposte delle autorità di scrittori , che fondandosi sulla disposizion combinata dalle leggi 26. e 27. di Giustiniano *C. de usuris* , han sostenuto che i contratti possono rimaner modificati dalle leggi nuove , a misura che han tratto successivo , o no .

In mezzo ai torrenti di luce , che in questi ultimi tempi si sono versati in quella parte del dritto pubblico che risguarda la legislazione , senza taccia di arroganza , noi possiamo sottomettere alla censura della nostra ragione quelli stessi scrittori , che altre volte ci serviron di guida . Quindi osiamo dire , che quanto alla quistione di cui si tratta , la distinzione di contratti progressivi e non progressivi , è per se stessa erronea ; se il principio vizioso , da cui se n' è fatta la derivazione , non vi mettesse l' ultimo grado di evidenza .

Tutti noi sappiamo in principio , che in generale , le azioni , le eccezioni destinate dalla legge a regolare

l'esecuzione d'un contratto, nascono tutte al momento stesso, che il contratto si forma: che il contratto sia condizionato o puro, progressivo o non progressivo, questo farà, che l'esercizio ne rimanga sospeso o no; ma non è meno vero, che l'azione, il dritto, che le parti hanno di chiederne l'esecuzione a suo luogo, trovasi già irrevocabilmente fissato. Tal è la disposizione delle *LL.* 11. *n.* 1. *D. Qui potiores in pignore*, e 42 *D. de obligat. et actionib.* Quindi è surta la massima, che *stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio et petitio in suspenso sit* (1). E fu così che la legislazione Romana proclamò in principio, che: *In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus* (2). Egli è dunque fuor di dubbio, che in fatto di stipnlazioni, in generale, i dritti respettivi delle parti, le respettive loro azioni ed eccezioni, sono incommutabilmente acquistati al momento stesso che la convenzione seguì, niente importando, che il contratto sia condizionale o puro, progressivo o non progressivo. Donde poi ne siegue, che senz'accordar loro della forza retroattiva, le leggi nuove non possono produrre la menoma modificazione relativamente ai contratti già stipulati di qualunque natura essi sieno.

Questi principj soli sarebbero bastanti per distruggere la contraria opinione de' scrittori, se noi non ci fos-

---

(1) *Vinn. inst.* §. 4. *tit. de verbor. obligat. l.* 26. *D. de stipulat. servor.*

(2) *L.* 144. *D. de reg. jur.*

simo impegnati a dimostrare ancora il vizio inerente al principio donde la di loro teoria fu desunta.

Dopo di aver fissata colla *l.* 26. *C. de usuris* la ragion respettiva dell'interesse ne'contratti di prestito; Giustiniano aggiunse colla seguente legge 27., che la fissazione dell'interesse fatta da lui dovesse aver luogo anche per i contratti anteriormente stipulati. Era facile di osservare, che una legge somigliante, di sua natura era retroattiva; e che la retroattività nelle leggi non essendo nelle regole ordinarie d' ogni saggia legislazione, la disposizione suddetta non poteva aver luogo, che nel caso solo ivi specialmente individuato: poichè è di principio ancora, secondo le massime dello stesso dritto Romano, che *quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (1). Fu dunque per un vizio inerente al principio, fu perchè si credette regolare una legge, ch' era retroattiva di sua natura, se erroneamente i scrittori suddetti resero generale per tutt' i contratti progressivi una disposizione che, attesa la sua retroattività, applicar non si poteva che al caso solo ivi contemplato.

Che la legge di Giustiniano sia realmente retroattiva di sua natura, ciascuno potrebbe vederlo da se, se la stessa legislazione francese non ce ne fornisse la pruova la più luminosa.

Dopo di essersi data col Codice Napoleone, ne' contratti di prestito, una latitudine indefinita alle parti

(1) *L.* 14. *D. de legib.*

contraenti, in ciò che concerne la stipulazione dell'interesse, l'esperienza fece conoscere che, nello stato attuale di cose, una facoltà così illimitata, in materie somiglianti, nuoceva alla cosa pubblica, anzichè no. Quindi rivenendo su i passi suoi, il legislatore francese, colla legge de' 3. settembre 1807., dichiarò usurario ed illegittimo ogn' interesse convenuto oltre i limiti stabiliti colla stessa legge: ma fedele al santo principio della non retroattività, lo stesso legislatore soggiunse coll' ultimo articolo le seguenti memorabili parole: *Non è niente innovato alle stipulazioni d' interesse fatte per contratti, o altri atti seguiti sino alla pubblicazione della presente legge!*

Tutto dunque ci convince che è erronea l' opinione di què scrittori i quali pensarono, che i contratti destinati ad aver corso progressivo, potessero rimaner modificati dalle disposizioni portate dalle sopravvenienti leggi. Resta quindi in piedi la teoria da noi stabilita, cioè, che vi è retroattività di legge tutte le volte che si tratta di distruggere, o di modificare un dritto, un' azione, o un' eccezione già acquistata; che trattandosi di contratti, li dritti, le azioni, l' eccezioni, che ne risultano per le respettive parti contraenti, sono irrevocabilmente acquistati al momento stesso che ne seguì la stipulazione, benchè ne fosse differito o sospeso l' esercizio. Donde poi ne siegue che, in ciò che concerne l' effetto che devono produrre, i patti rescissorj portati da' contratti, stipulati anteriormente alla pubblicazione del Codice Napoleone, sono interamente fuori dell' imperio delle sue disposizioni.

Ma noi abbiamo ammesso in principio, che se le azioni, le eccezioni non possono valutarsi che conformemente alle leggi, sotto l'imperio delle quali se ne fece l'acquisto, quanto all'esercizio però da farsene in giudizio, sono sottomesse alle forme giudiziarie portate dalla novella legislazione. Quindi non può esservi dubbio che trattandosi di doversi eseguire patti rescissorj già stipulati, la ritualità da doversi adottare in simili rincontri, è quella portata dagli articoli 122. e 123. del Codice di procedura, che sono del tenor seguente: *Ne' casi ove i tribunali possono accordare delle dilazioni per l' esecuzione delle loro sentenze, essi lo faranno colla stessa sentenza, che decide la controversia, e vi si enunceranno i motivi dell' accordata dilazione. La dilazione correrà dal giorno della sentenza, se è contraddittoria; e da quello della notifica, se è stata pronunziata in contumacia.*

Da ciò dunque ne deriva, che allo stato attuale della nostra procedura, ove si tratti di sospendere l' esecuzione di patti rescissorj con accordare al debitore un termine a purgare la mora; il giudice non può autorizzarsi di usare di questo potere, che nella medesima sentenza, che decide la controversia principale, e con doverne pure enunciare i motivi. Donde poi è facile di dedurre, che quando il giudice ha già pronunziato, il reo convenuto più non è ricevibile a proporre il beneficio della purgazion della mora: e che invano ancora in una stessa causa si chiederebbe di essere ammesso la seconda volta ad un beneficio somigliante; perchè una volta che

l'obbligazion principale è stata dichiarata esecutoria con sentenza del giudice, più non è soggetta a subire una decisione novella.

Resta ora di doversi esaminare, se la rinunzia, che in un contratto siasi fatta al beneficio della purgazion della mora, sia efficace tra noi a produrre effetto.

Perche nol sarebbe? Non era egli presso di noi un principio di dritto portato dalla legislazione romana: *Invito beneficium non datur* (1)? Che *unicuique licet contemnere hæc quæ pro sè introducta sunt* (2)? Ciò faceva dire ad Arnoldo Vinnio: *Quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare* (3)?

Però noi ammettiamo egualmente in principio, che *privatorum conventio juri publico non derogat* (4): Che non si può derogare con delle convenzioni particolari alle leggi che interessano l'ordine pubblico, ed i buoni costumi. Il beneficio dunque della purgazion della mora, ne' patti rescissorj, non avendo nulla di contrario all'ordine pubblico, ed al pubblico costume; ed un beneficio somigliante di vantaggio non interessando direttamente, che il solo debitore; sembra sin qui, che niente impedisce, che non vi si potesse utilmente rinunziare.

Quindi altra difficoltà non resta a rimuovere, se eravi cioè nel patrio nostro dritto qualche legge proi-

---

(1) *L.* 69. *D. de reg. jur.*
(2) *L.* 41 *D. de minorib.*
(3) *Vinn. inst. tit. de verbor. obbligat.* §. 2. *n.* 4.
(4) *L.* 45. *D. de reg. jur.*

bitiva di simili rinunzie ; giacchè noi ammettiamo egualmente in principio che alcuna obbligazione non potrebbe esser protetta dalla legge ch' essa offende. Ma per quanto è a nostra notizia, alcuna legge non vi era tra noi, che facesse un simile divieto : ed invano si ricorrerebbe, per supplirvi, a delle autorità di dottori, o alla giurisprudenza de' tribunali. Sarebbe primieramente assai difficile di decidere se questa giurisprudenza sia stata costante, ed uniforme: e quando pure fosse così, non sarebbe men vero, che una simile giurisprudenza sarebbe da rigettarsi, come abusiva. L' uomo portando dalla natura il dritto di consentire, per via di contratti, a tutto ciò che può convenire a' suoi interessi ; questo dritto, nello stato di società, non può essergli limitato, che dalla sola legge: perchè è la sola volontà generale espressa per l' organo della legge, che può mettere de' limiti alla volontà individuale: perchè è la legge sola, che può mettere de' limiti tra l' ordine sociale, e civile, tra l' interesse pubblico, e privato. Pretendere dunque, che la giurisprudenza de' tribunali possa, per via di disposizioni restrittive, mettere de' limiti alla volontà de' contraenti; questo sarebbe lo stesso che attribuire ai corpi giudiziarj un potere, che al legislatore solo è riservato. Lungi dunque di di tenerci a massime così abusive, che la sovversione sola di principj in materia di dritto pubblico potè destare ai padri nostri ; impegniamoci noi piuttosto ad inculcare la gran verità proclamata dal Codice Napoleone, ch' egli è del dovere del legislatore, e de' giudici assai più, di accostumare gli uomini a

non vedere nelle loro convenzioni, che altrettante leggi (1).

Ciò posto noi conchiudiamo che, attesa la rinunzia fatta dal Signor Hesterman, nel suo contratto, al beneficio della mora, niente impedisce, che il patto risolutorio ivi apposto abbia il suo pieno effetto.

---

(1) *Art.* 1134.

VA1
1547183